

Propriedade de Fato?

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES *

Desembargador do TJ/RJ. Presidente da 7ª Câmara Cível - Professor Titular de Direito Civil na Universidade Federal Fluminense

1. Invoca-se hoje o chamado desfrute econômico da coisa como fundamento para proclamar-se a propriedade econômica.

Em primorosa conferência, "Tendências Atuais do *Leasing* no Direito Europeu", pronunciada no antigo Tribunal de Alçada Cível, o eminente Civilista luso, Professor Diogo Leite de Campos¹ explana que a vida útil do bem é um critério econômico, tanto que, normalmente, usaram-se os critérios estabelecidos na lei tributária. Daí que o *leasing* é contratado pelo prazo daquela vida útil, para evitar a obsolescência do bem, passando a conferir verdadeira propriedade econômica ao arrendatário, com ônus do domínio, tributação, transferência etc.

A entender-se deste modo, haveria duas propriedades: a jurídica, do arrendador, e outra, econômica, do arrendatário.

Esta idéia acabaria por extravasar as relações econômico-financeiras e passaria a informar o conceito de domínio.

Seria cabível no Direito das Coisas? Mister se faz, primeiro, examinar o conceito de propriedade em nosso Direito. TEIXEIRA DE FREITAS, em Esboço do Código Civil, conceituava o domínio (direito de propriedade sobre coisas) do seguinte modo: "é o direito real, perpétuo ou temporário, de uma só pessoa sobre uma coisa própria (art. 3.704, n. 1), móvel ou imóvel (arts. 378 a 410), com todos os direitos sobre sua substância e utilidade, ou somente sobre sua substância, ou somente sobre sua substância com alguns sobre sua utilidade".

CLÓVIS BEVILÁQUA, em seus *sapientes Comentários ao Código Civil* de 1916², que o redigiu sob a influência, em matéria de Direito das Coisas, das concepções abrangidas no BGB, esclarece: "A propriedade, con-

* À Nossa Senhora de Fátima, em permanente devoção. À minha família (Maria Cristina, Livia Maria, Luiz Roldão Filho, Paulo Valério, Beatriz e Maria Luíza). Aos funcionários da Home Care CUIDAR e às minhas secretárias, D. Sueli e D. Edna, em agradecimentos. Niterói, 27 de novembro de 2003. Dia de Nossa Senhora das Graças.

¹ ATA, nº. 31, 1998, p. 16 e segs..

² V. 3, Livraria Francisco Alves, 1958, p. 44/45.

siderada como direito, é o poder de dispor, arbitrariamente, da substância e das utilidades de uma coisa, com exclusão de qualquer outra pessoa". E, invocando a orientação do BGB, preferiu não definir, na lei, aquele direito, mas enunciar apenas os poderes que o compõem. Disciplinou, ainda, em vários artigos (arts. 649 a 673) a chamada propriedade literária, científica e artística.

Os direitos do autor não se consideram mais objeto de direitos reais (art. 1.225 do novo Código).

2. L. MOCCIA, ao tratar do modelo de propriedade inglesa³, explana que a noção de propriedade costuma ser entendida, assim como nas Codificações do século XIX, de modo pragmático, no sentido absoluto de exclusivo do sujeito, sobre uma coisa (físico), móvel ou imóvel, no centro do sistema interno dos direitos reais, em oposição aos direitos reais limitados (ou menores) e a seu sistema externo, contraposto à categoria dos direitos pessoais ou de crédito. Noção que difere, por outro lado, da posse. No modelo inglês se observa que o termo *property* reveste uma acentuada conotação patrimonialística, que o torna ambíguo aos olhos do jurista continental em sua fundamental ambivalência de usos: ora em um sentido subjetivo, com relação a uma variedade de direitos reais concernentes à utilidade de uma coisa e ora – mais freqüente – no sentido objetivo, com respeito aos bens, materiais e imateriais, inclusive os direitos pessoais, na medida em que são considerados todos juntos elementos integrantes da riqueza de uma pessoa, isto é, o seu patrimônio visto do lado das partes contabilizadas como ativo. Daí resulta, portanto, uma noção complexa, de acordo com a qual o termo *property* pode significar uma coisa física considerada (*tangible thing*), seja direitos (rights ou, mais genericamente, interesses) com relação a tal coisa, seja ainda os direitos, como um crédito, relativamente aos quais inexistem qualquer coisa física, vale dizer, os direitos por si considerados.

Idêntica extensão no sentido objetivo ou patrimonial do conceito de propriedade sem, porém, apreciáveis consequências do gênero do modelo inglês, verifica-se no direito continental. Não é exato dizer que o termo *property* não seja traduzível.

Todavia, no Direito inglês e nos países de *common law*, o desaparecimento do regime feudal e a abolição dos antigos *real action* e das regras de direito possessório, modificaram a situação.

Em decorrência da riqueza mobiliária, a inclusão nesta categoria de grande variedade de elementos é consequência de sua caracterização. Assim, esta categoria acaba por acolher acervo de bens heterogêneos: coisas

³ "Il modello inglese de proprietà", in *Diritto Privato Comparato*, Editore Laterza, p. 39.

corpóreas e incorpóreas. Nestas, compreendidos os brevets, criações intelectuais e bens inerentes à atividade de empresas (como o aviamento), jamais considerados como coisas. Esta concepção foi estendida aos benefícios sociais. **Property**, para os civilistas, não significa conceituar os direitos reais. Justifica-se porque as cortes feudais resolviam as controvérsias sobre posse de terra e bens móveis dentro do mesmo sistema. A assimilação de **property** à de patrimônio deu-se com o tempo.

A categoria de **property** na Inglaterra, como nos demais países europeus, a saber, a dos bens móveis corpóreos, foi acrescida e desenvolveu-se do regime feudal de posse térrea com rico aparato de direitos anexos mediante modelo, que excluía as coisas incorpóreas. Fala-se em **new property**, que, sob versão pós-moderna, revela volta à tradição medieval, quando se cogitavam de bens patrimoniais. O termo "propriedade" vem utilizado com referência aos bens imateriais, desvinculado do aspecto físico do seu objeto.

Esta idéia penetrou também no Direito norte-americano⁴.

O Direito Brasileiro optou, entretanto, por enunciar os poderes de propriedade (arts. 524 e 1.228 do antigo e novo Código Civil, respectivamente), a exemplo do BGB, como já visto.

Seu conteúdo vem, por conseguinte, descrito em lei, consistindo no uso, gozo, disposição do bem e da faculdade de reavê-lo de quem quer que injustamente o detenha.

Eis por que LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA⁵ define o direito de propriedade como "o direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na substância, acidentes e acessórios".

Em profundo trabalho, "*Pour une rénovation de la théorie de la propriété*"⁶, FRÉDÉRIC ZENATI, Professor da Universidade Jean Moulin, transmite que o estudo do direito romano revela que o **dominium** recala, na realidade, tanto sobre objetos corpóreos quanto incorpóreos. A propriedade é tradicionalmente caracterizada pela natureza do objeto.

Explana FRÉDÉRIC ZENATI⁷ que a opinião dominante dos historiadores, que foi influenciada por deformações do Direito Romano na Idade Média, é de que a distinção entre coisa corpórea e incorpórea não é uma distinção dos objetos da propriedade, mas da propriedade e de outros direitos. O BGB

⁴ Cf. GUIDO ALPA, *Nuovo Diritto Privato*, UTET, 1985.

⁵ *Direito das Coisas*, Typ. Baptista de Souza, Rio de Janeiro, 1922.

⁶ *In Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº 2, 1993, p. 305.

⁷ P. 307 daquela Revista.

foi fortemente influenciado pela doutrina alemã do século XIX, que impulsionou ao máximo a visão subjetivista do direito, na qual BARTOLO teve papel decisivo e é consubstancial à corporeidade dos direitos. BONFANTE⁸ admite, porém, que as coisas incorpóreas também são objeto de propriedade. Os textos romanos, segundo SCIALOJA⁹, indicam a idéia de que a posse está na origem da propriedade no sentido da materialização da relação de propriedade. BARTOLO e seus seguidores desenvolveram papel decisivo na definição clássica de propriedade.

Segundo o Professor francês, a inexatidão no direito positivo da definição romanista medieval de propriedade é patente. Se ser proprietário se limitava ao direito de uso da coisa, bastaria que esta não fosse frugífera ou que seu uso tivesse sido concedido a terceiro.

A definição clássica deixa de ter correspondência atual.

A maioria dos proprietários reconhece-se pelo fato de que desfrutam da coisa e de que têm a propriedade romana. A propriedade consagrada pelo Código Civil é mais um espaço do que um conteúdo.

Em Roma, à qualidade de a coisa pertencer a alguém se agregam o uso e o *fructus*, que podem ser outorgados ao não-proprietário. O paradoxo de definir-se a propriedade com respeito ao direito de outrem se explica pelo prolongamento de sua teoria feudal. Confundindo a propriedade e seu objeto, os pós-glosadores acabaram por integrar o direito real na estrutura da propriedade. Assim surgiu a noção de que o direito real desmembrou-se da propriedade.

É possível no Direito francês conferir à propriedade uma leitura moderna. A posse cada vez interfere menos nos direitos incorpóreos.

Os poderes de uso, disposição e gozo foram, na verdade, pinçados pelos glosadores e pós-glosadores, ao reexaminarem a definição de propriedade.

Os poderes de uso, gozo, disposição da coisa, correspondem a um estágio histórico. De qualquer modo, o atual Código Civil brasileiro, no art. 1.228, preserva os poderes do proprietário nos moldes tradicionais.

O Código Civil português também não definiu direito de propriedade¹⁰. Definiu, por outro lado, a propriedade pelo seu conteúdo, isto é, pelos poderes que a lei confere ao respectivo titular sobre a coisa, tal como fizeram os jurisconsultos romanos através do *jus utendi*, do *jus fruendi* e do *jus abutendi*, conduz a soluções que nem sempre são exatas, dadas a elasticidade daquele direito e a função social que as leis modernas lhes atribuem. É tal o poder de compreensão e de expansão deste direito que, não havendo

⁸ Corso di Diritto Romano, II; ps. 206/7.

⁹ Teoria della proprietà nel diritto romano, 1928.

¹⁰ Cf. ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, em comentários ao art. 1.302.

nas legislações hodiernas senão um tipo de propriedade, esta pode revestir as mais diversas modalidades. Os poderes do proprietário podem mesmo, em alguns casos, ser inteiramente diferentes dos poderes que lhes assistem. Em outros casos, o que quer dizer que, embora juridicamente o direito seja o mesmo, ele apresenta-se com conteúdos diversos. Basta confrontar a situação do proprietário pleno com a situação do proprietário da coisa sobre a qual recaia um direito de usufruto, ao qual falta o direito de gozo. Ou confrontar o direito normal de propriedade com o antigo domínio dos bens dotais no qual faltava, em princípio, ao respectivo titular, o poder de disposição sobre a coisa (art. 1.746, nº 2). O conteúdo não serve, portanto, para através dele se formular um conceito, embora no art. 1.305 (já dentro do regime da propriedade) se faça alusão ao conteúdo de direito de propriedade. E explicita: apenas sobre coisas móveis ou corpóreas pode-se constituir o direito de propriedade.

Na enumeração das faculdades essenciais que integram o domínio - os direitos de uso, fruição e disposição da coisa -, a lei guiou-se menos por um conceito científico do que por um puro critério descritivo da propriedade.

Na Exposição de Motivos do Código luso, o insigne Mestre acentua o caráter normativo do conteúdo do domínio, reportando-se a conceitos do Prof. ORLANDO GOMES, abrigados no Projeto anterior do Código Civil. Idêntico é o entendimento de STEFANO RODOTÀ, em seu magnífico trabalho sobre *"Proprietà, Novissimo Digesto Italiano"*. No processo 06/301.458/81, o culto Procurador de Estado, o saudoso Professor PAULO FRANCISCO ROCHA LAGOA, exarou o seguinte trecho em seu parecer: "Para enriquecer essas modestas considerações, assinalamos uma decisão do Supremo Tribunal Federal alemão (Bundesgerichtshof) sobre a matéria ora examinada e na qual essa famosa corte constitucional adota o ponto de vista ora defendido, no sentido de que a lei estabelece o conteúdo (situações jurídicas ativas e passivas) do direito de domínio, inexistente que é, anteriormente ao conceito fixado pelo ordenamento, outro conceito desse mesmo domínio, de ordem absoluta, a ser, por ele, ordenamento, passivamente aceito. A citação do acórdão se encontra em Francesco Romano, *Diritto e obbligonnella teoria del diritto reale*, Napoles, 1967, p. 231:

"anche la Corte Costituzionale federale ritiene che l'imposizione di obblighi alla proprietà possa non alterare la consistenza dell'istituto, e si verifichi quindi una modificazione del contenuto e non una eliminazione della proprietà (espropriazione)".

Não há como duvidar, pois, a respeito do poder da lei ordinária de retirar do direito de domínio situações jurídicas ativas, como, por exemplo, a faculdade de edificar, sem que tal situação incorra em ablação do direito de propriedade e, pois, na ocorrência de dever de indenizar. A situação jurídica

de titular de domínio pode ter, conforme determinar o ordenamento, uma superioridade das situações passivas sobre as situações ativas. É exatamente o caso que surge quando no Município se declara uma área **non edificandi** visando preservar um interesse coletivo. Esse interesse, aliás (a preservação do patrimônio natural) é uma diretriz constitucional federal (Emenda Constitucional nº 1, art. 180, § único)".

Vê-se, por conseguinte, que o conteúdo daquele magno direito promana de sua fórmula legislativa. Não tem assento em concepções doutrinárias variadas, sejam quais forem os fundamentos.

Ao proprietário só se consolidam poderes inseridos no Código Civil e seu direito dele decorre, não se estendendo a situações outras.

Deste modo, quando se fala em propriedade econômica, com referência a seu entendimento no direito anglo-saxão, não se pode estendê-la a não ser a coisas corpóreas, e não a direitos e interesses.

Destarte, não se pode estender a outros direitos o conceito de posse, nem esta há de ser interpretada como propriedade econômica ou de fato, por se estar no desfrute econômico do bem, eis que dentre os poderes do direito de propriedade não está aquele desfrute. Este decorre, sim, da posse, que é um poder de fato sobre a coisa, móvel ou imóvel.

Em primoroso voto vencido proferido na Apelação Cível nº 2.874/87, na 1ª Câmara Cível, reproduzidos em seu livro **Controvérsias Jurídicas, Lumen Juris**, o saudoso e cultíssimo Desembargador RENATO MANESCHY reporta-se ao texto inicial de RUDOLF VON IHERING em sua obra **Posse e Interditos Possessórios**, tradução de ADHERBAL DE CARVALHO:

"Por que se proteger a posse?"

Ninguém formula semelhante pergunta em relação à propriedade. É porque a proteção dispensada à posse tem, à primeira vista, algo de estranho e contraditório. Efetivamente, a proteção da posse implica, outrossim, a proteção do salteador e do ladrão; ora, como e por que o direito, que incrimina o assalto e o roubo, pode reconhecer seus frutos na pessoa de seus autores? Não será isso aprovar e sustentar com uma mão o que a outra persegue e repele? "

E prossegue :

"Poderes que o possuidor exerce de fato e não de direito não constituem, por si mesmos, direitos subjetivos, mas os integram como elementos, formando-lhes o conteúdo".

Não há dúvida de que, no Direito da **common law**, em razão da dicotomia entre a propriedade fiduciária e a usufrutuária, o direito invocado com base no desfrute econômico pode enquadrar-se na segunda, remanescendo o domínio titulado com o bem¹¹.

¹¹ MARIA JOÃO e DIOGO LEITE DE CAMPOS, conf. A propriedade fiduciária (trust). Estudo para a sua consagração no Direito português.

Não assim no Direito brasileiro, que não conhece aquela bipartição.

Neste, quando se fala em desfrute econômico, tem-se em vista a posse, que não se confunde com o domínio e tem proteção no plano prático, podendo conduzir ao usucapião.

Em suma, não há base para invocar o desfrute econômico do bem, como fundamento do direito de propriedade, cujos poderes são normativos. Por conseguinte, não há fatos no Direito brasileiro sem proteção direta, como domínio, do direito defluente do desfrute econômico da coisa. Há posse, nos moldes do Código Civil, que não justifica se transforme em propriedade econômica - inexistente - ou de fato, inconcebível.

Estas considerações visam despertar a reflexão sobre tema de relevância para o Direito nacional (propriedade, posse e outros, patentes, invenções e benefícios sociais). ♦